تعدد الأقوال والروايات في المذهب المالكي وطرق الترجيح بينها

للأستاذ : عبد السلام العسري

تمهيد :

هذا الموضوع ليس خاصا بالمذهب المالكي، فكل المذاهب الفقهية الاسلامية فيها أقوال وروايات متعددة. مثلا في المذهب الحنبلي نجد كتاب « الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف » للشيخ العلامة علاء الدين علي بن سليمان المرداوي، استعرض فيه الروايات والوجوه داخل المذهب الحنبلي، ويذكر من اختار كل وجه أو رواية، ويخصص الشيخ ابن بدران الدمشقي في كتابه « المدخل الى مذهب الامام أحمد بن حنبل » فقرات في كيفية الترجيح بين الأقوال والروايات في ذلك المذهب .

ونجد في المذهب الحنفي « رسالة عقود رسم المفتي » للعلامة الفقيه الشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين، يبين فيها تعدد الأقوال والروايات في المذهب الحنفي وطرق الترجيح بينها، لكن مصطلحات الأقوال والروايات تختلف تسميتها عما هو معروف عند فقهاء المذهب المالكي، فعند الحنفية : الأقوى، والقوي، والضعيف، وظاهر الرواية، وظاهر المذهب،

والرواية الناذرة. وعند المالكية : المتفق عليه، والراجح، والمشهور، والمساوي لمقابله، والشاذ، والضعيف .

وان ما سنستعرضه من قواعد ومباحث حول هذا الموضوع، وان كانت مراجعه ومصطلحاته مأخوذة من المذهب المالكي، فان مضمونه لا يبتعد عما هو مقرر في المذاهب الفقهية الاسلامية الأخرى. وذلك راجع الى وحدة المصدر والى طريقة النشوء والتطور التي مر بها كل مذهب فقهي اسلامي .

وتقتضي دراسة هذا الموضوع تَقْسيمَهُ الى المباحث التالية :

المبحث الأول : أسباب تعدد الأقوال والروايات

المبحث الثاني : تعريف، الأقوال والروايات

المبحث الثالث : صور التعارض بين الأقوال والروايات

المبحث الرابع : طرق الترجيح بين الأقوال والروايات

المبحث الأول : **أسباب تعدد الأقوال والروايات** .

نذكر في فرع أول : أسباب تعدد الأقوال، وفي فرع ثان : أسباب تعدد الروايات .

الفرع الأول : أسباب تعدد الأقوال

إن تعدد الأقوال أمر لا بد منه في كل مذهب حي متجدد، يراعي مصالح الناس وأعرافهم المختلفة، ولأن الحقَ قد يدفع الامام المجتهد لتغيير اجتهاده في

المسألة الواحدة، لعثوره على دليل جديد لم يكن على علم به، ثم علمه، أو لأنه رأى من الاختبار والنجربة لأحوال الناس ما يثبت خطأه في اجتهاده الأول، أو لأنه تنبه الى أمر في الدليل الذي بنى عليه كلامه، فعدل عنه .

وترجع أسباب تعدد الأقوال في المذهب المالكي الى أمرين :

الأول : ناتج عن اجتهاد أصحاب الامام مالك .

والثاني : ناتج عن شرح المدونة التي تعتبر المصدر الأساسي للفقه المالكي .

ففيما يتعلق بالأمر الأول، أي : تعدد الأقوال نتيجة لاجتهاد أصحاب الامام، نلاحظ أنه لما جاء عصر تلاميذ الامام، اختلفوا في استنباطهم اختلافا كثيرا، وأضيفت أقوالهم التي لم يعرف للامام مالك رأي فيها، الى المذهب، بل أضيفت بعض الأقوال التي خالفوا بها شيخهم فيما علم له فيه رأي الى المذهب، لأنها مبنية على أصوله ومناهجه، وان اختلفت في بعض النتائج عما وصل اليه، ولأنهم مهما يكن مقدار اجتهاداتهم فهم قد استمسكوا بنسبتهم الى شيخهم ومذهبه، فعدت أقوالهم من جملة المذهب المالكي .

ولما جاء عصر المخرجين كان لا بد أن تختلف نتائجهم في تخريجهم في المذهب، فكان لا بد أن يختلفوا في أقيستهم على المسائل المنصوص عليها، وأن يختلفوا في ادراك وجوه المصالح التي أفتوا على أساسها، وأن تختلف المصالح باختلاف الأشخاص والجماعات والبيئات والأعراف وخصوصا أنهم كانوا في أقاليم مختلفة، فمنهم مدنيون، ومنهم مصريون ومنهم مغاربة، ولكل بيئة وعرف، فكان كل ذلك سببا في كثرة الأقوال .

وأما الأمر الثاني أي : تعدد الأقوال نتيجة لشرح المدونة نلخص أسبابه فيما يلي :

1 ـــ تعددت الأقوال عند شرح مسألة من مسائل المدونة، بسبب

اختلاف الشراح في فهم المراد من لفظ المدونة في تلك المسألة .

2 ــ قد تكون هناك أقوال خارج المدونة، فيريد كل شارح لها أن يحمل لفظ المدونة على قول من تلك الأقوال .

3 ــ قد ينظر شراح المدونة في الأدلة الشرعية فيقتضي نظر أحدهم فيها خلاف مقتضى نظر الآخر، فيحمل كل منهم نص المدونة على ما اقتضاه نظره، فتكون تأويلاتهم للفظ المدونة أقوالا حقيقية لا مجرد تفاسير للفظها .

والملاحظ أن الشيخ خليل [1] في مختصره، عبر عن اختلاف شراح المدونة في الفهم بالتأويلين والتأويلات، ولم يعبر بالقولين والأقوال، وذلك لاختلاف الفقهاء المالكيين هل تعد تلك الاختلافات الواقعة في فهم المسألة أقوالا أم لا ؟

ونعرض فيما يلي رأي كل فريق :

رأي ابن عبد السلام ومن تبعه :

يذهب ابن عبد السلام الهواري التونسي (ت 749 هـ) ومن تبعه الى أن اختلاف شراح المدونة في معنى المسألة لا يعد أقوالا فيها، لأن الشراح انما يبحثون عن تصوير اللفظ وتوضيحه، والقول الذي ينبغي أن يعد خلافا في المذهب هو ما يرجع الى التصديق، أي إدراك أن النسبة واقعة أو ليست بواقعة، وذلك أن الشراح للفظ الامام، إنما يحتجون على صحة مرادهم بقول ذلك الامام وبقرائن كلامه من عود ضمير وما أشبهه، وغير الشراح من أصحاب الأقوال، انما يحتج لقوله بالكتاب والسنة أو بغير ذلك من أصول صاحب الشريعة، فلا ينبغي أن تعتبر تلك التفسيرات المتعلقة بالمسألة كأنها أقوال متضمنة لأحكام مختلفة، وانما ينبغي أن يعد الكلام الذي شرحوه قولا، ثم الخلاف انما هو في تصوير معناه. لأن مراد الشارح تصوير معنى اللفظ وبيان مراد صاحبه به، سواء أكان في نفسه صحيحا أم فاسدا، ومراد

صاحب القول بيان حكم المسألة، من حيث الثبوت والانتفاء، أو الصحة والبطلان. وهذا عمل اجتهادي لا عمل تفسيري.

والى رأي ابن عبد السلام الهواري ذهب ابن عاصم في إزجوزته مرتقى الأصول حيث قال :

وَكُـــلُ ما فَهِمَـــهُ ذُو الفهـــم ليس بنص لعـــروض الوهـــم
فالخَلْـفُ بيـن شارحـي المدونـة ليس بقـول عنـد من قد دونـه
لأنـــه يَرجِـــعُ لِلـــتَّصَوُّرِ فعـــده قَوْلًا من التهـــور (2)

رأي ابن الحاجب (3) وكثير من المتأخرين :

يرى هؤلاء أن اختلاف شراح المدونة يعد أقوالا فيها، لأن الاختلاف في فهم اللفظ، آئل الى الاختلاف فيما ينبني على ذلك من أحكام، فكل شارح يقول : هذا معنى هذه المسألة ولا معنى لها غيره، فآل الاختلاف في معنى اللفظ الى الاختلاف في الأحكام المأخوذة من معنى ذلك اللفظ، ولو لم تكن تلك التأويلات أقوالا يجوز العمل بها، لم تكن لها فائدة، وتكون باطلة، وتصير المسألة المشروحة ملغاة اذا لم يترجح تأويل أحدهما على الآخر بمرجح (4) .

ويوضح الشيخ عليش هذا الرأي فيقول : « إن مفهومات الشراح منها ــ أي من المسألة المشروحة ــ يعد أقوالا في المذهب، يعمل ويفتي ويقضي بأيها إن استوت، وإلا فبالراجح أو الأرجح، وسواء وافقت أقوالا سابقة عليها منصوصة لأهل المذهب أم لا ؟ وهذا هو الغالب، فان قيل : المدونة ليست قرآنا ولا أحاديث صحيحة فكيف تستنبط الأحكام منها، قيل : إنها كلام أئمة مجتهدين عالمين بقواعد الشريعة والعربية مُبَيِّنين للأحكام الشرعية فمدلول كلامهم حجة على من قلدهم منطوقا كان أو مفهوما صريحا كان أو اشارة، فكلامهم بالنسبة له كالقرآن والحديث الصحيح بالنسبة لجميع المؤمنين » (5) .

ويجدر التنبيه هنا أن الشيخ عليش رحمه الله لا يقصد بكلامه أن كلام الأئمة له قداسة القرآن والحديث الصحيح، وانما يقصد أن المنهج المتبع في تفسير نصوص القرآن والحديث يتبع أيضا في تفسير أي كلام عربي آخر، الذي راعى قواعد اللغة العربية التي راعاها القرآن والحديث، فقواعد العام والخاص والمطلق والمقيد والمجمل والمبين والمفهوم والمنطوق وغيرها من القواعد، انما هي قواعد لغوية، استعملها الأصوليون في الاستنباط من القرآن والحديث لأنهما عربيان يخضعان لقواعد اللغة العربية، وعلى هذا أيضا يمكن تطبيق ذلك في تفسير أي نص قانوني وضعي خاضع لقواعد اللغة العربية. والملاحظ أن قضية استخلاص الحكم وتفريع الأقوال من ألفاظ المدونة شغل كثيرا من الفقهاء المالكيين .

ونورد فيما يلي سؤالًا في الموضوع وجهه فقهاء غرناطة الى الشيخ ابن عرفة [6] وجوابه عليه نَقَلَهُمَا الونشريسي [7] في المعيار. والسؤال هو : « إن الفقهاء حين يسردون الأقوال ينسبونها الى المدونة وغيرها ويقيمونها استنباطا من لفظ محتمل، أو مفهوم، وربما عارضه منطوق في محل آخر، وكثيرا ما يستدلون بمفهوم كلام مالك وابن القاسم وغيرهما، والمفهوم في كلام الشارع فيه من النظر والخلاف ما فيه، فكيف به من كلام ليس بعربي، وأيضا ربما استنبطوا الخلاف من ضبط الحروف، فيا سيدي هل ما انتحلوه من ذلك صحيح جار على قوانين الشريعة أم هو على غير ذلك [8] » .

وأجاب ابن عرفة : « إن استنباط الأقوال من لفظ محتمل، فان أريد به محتمل على التساوي فهذا لا يصح الاستنباط منه، وهذا لا أظن يفعله مقتدى به، وإن أريد أنه محتمل على التفاوت والاستنباط من الراجح فهذا هو الأخذ بالظاهر، وعليه أكثر قواعد الشريعة. وقول السائل : إنهم يستدلون بمفهوم كلام مالك وابن القاسم .

والجواب : إن هذا لا مانع منه، لأن مالك وابن القاسم وأمثالهما علماء

عارفون باللسان العربي، وبقواعد أصول المذهب التي منها معرفة النص والظاهر والمفهوم وغير ذلك، فكلام مالك وابن القاسم في الأمهات العلمية جار على قواعد اللغة العربية، واذا ثبت هذا، فالأخذ بالمفهوم من كلامهما مقبول » [9]

ويؤكد ابن عرفة وجهة نظره هذه في كتابه المختصر حيث ذكر أن العمل بمفهومات المدونة هو المعهود من طريقة ابن رشد وغيره من الشيوخ، وإن كان ابن بشير يذكر في ذلك خلافا .

ويخالف أبو عبد الله المقري [10] ما ذهب اليه ابن عرفة، فقد ذكر المقري في قواعده أنه : « لا تجوز نسبة التخريج والالزام بطريقة المفهوم أو غيره الى غير المعصوم عند المحققين، لإمكان الغفلة أو الفارق أو الرجوع عن الأصل عند الالزام أو التقييد بما ينفيه أو ابداء معارض في المسكوت أقوى، أو عدم اعتقاد العكس الى غير ذلك، فلا يعتمد في التقييد، ولا يعد في الخلاف، وقد قيل : إن اللخمي قد اشتهر بذلك، حيث فرق بين الخلاف المنصوص والخلاف المستنبط، فاذا قال : واختلف، فهو الأول أي الخلاف المنصوص، واذا قال : ويختلف فهو الثاني أي الخلاف المستنبط .

وقال المقري أيضا في بعض مقيداته : اياك ومفهومات المدونة، فقد اختلف الناس في القول بمفهوم الكتاب والسنة فما ظنك بكلام الناس، إلا أن يكون من باب المساواة أو الأولى، أما مفهوم المخالفة فلا يجوز أخذ القول منه، اذا كان كلاما غير القرآن والسنة [11] .

ونؤكد هنا ما سبق أن علقنا به على كلام الشيخ عليش من أن مناهج تفسير القرآن والحديث والاستنباط منهما يمكن استعمالها في أي كلام عربي ما دام البحث والشرح مركزين على ألفاظ عربية ويتعلقان ببيان مدلول الألفاظ .

بين شرح المتون في الفقه الاسلامي، ومدرسة الشرح على المتون في الفقـه الفرنسي :ـــ

إن الاهتمام الذي حصل للمدونة وغيرها من المتون في الفقه الاسلامي حصل أيضا لمدونة (نابليون) في الفقه الفرنسي، فقد نالت تقديرا كبيرا في داخل فرنسا وخارجها، وقد أخذ الفقهاء والقضاة يستنبطون الأحكام من ألفاظها، ملتزمين للنص في المرحلة الأولى، حيث كانت الظروف مناسبة، ولما تطورت الأحوال أخذوا يبحثون عن نية المشرع المفترضة، فاستعملوا القياس ومفهوم الموافقة، والأولى، ومفهوم المخالفة، مع قصور في استعمال هذه الوسائل، لأنه ليس لهم علم منظم يستوعب مسائل القياس والمفهوم كما هو مفصل في أصول الفقه الاسلامي .

الفرع الثاني : أسباب تعدد الروايات

ترجع هذه الأسباب الى أن النقل كان أساسه الرواية أكثر من الكتابة وكان الرواة متعددين، ونلخص أسباب تعدد الروايات فيما يلي :

1 ـــ كان للامام مالك رحمه الله، آراء مختلفة في بعض المسائل، ولم يعرف السابق منها، حتى يعرف رجوعه عنها. وفي بعض الأحيان كان بعض الرواة يعلم رجوعه، فيروي القول الثاني بينما الراوي الآخر لم يحضر لسماع القول الثاني فيروي الأول .

ونمثل لهذا بما أورده الباجي في المنتقى في مسألة : من أوصى بعبد، وقيمة العبد أكثر من ثلث المتروك، فقد اختلف جواب مالك في هذه المسألة فقال أولا : أن يؤخذ الثلث من مجموع المال بما فيه العبد، وَرَوى هذا القول علي بن زياد عن مالك .

ثم رجع مالك عن ذلك وقال : إن الثلث يقتطع من العين الموصى بها خاصة وهي العبد، وروى القولين معا ابن القاسم وأشهب، وهذا القول الثاني هو المختار، ولا شك أن عليا بن زياد لم يحضر لسماع القول الثاني (12) .

2 ــ الغلط في السماع كان يجيب الامام بحرف النفي اذا سئل عن حادثة ويقول لا يجوز، فيشتبه على الراوي فينقل ما سمع .

3 ــ أن يكون الامام قال أحد الحكمين على وجه القياس، والآخر على وجه الاستحسان، فيسمع كل واحد من الرواة أحدهما فينقل كما سمع، ونمثل لهذا بمسألة الأجير أو الراعي المشترك اذا هلك الشيء الذي يرعاه في يده، مقتضى القياس انه لا يضمن، ومقتضى الاستحسان أن يضمن محافظة على أموال الناس .

فلو فرضنا أن أحد الرواة سمع القول الأول والآخر سمع القول الثاني، فتتعدد الرواية نتيجة لذلك .

وقد نظم الحكم بالضمان الشيخ الزقاق في اللامية بقوله : كذا غرم الرعاة قد انجلا. وعبد الرحمن الفاسي في نظم العمل :

ضَمَانُ رَاعِ غَنَمِ النَّاسِ رُعِي   أَلْحِقْهُ بالصَّانِعِ في الْغُرْمِ تُعِي

وذهب الى عدم الضمان الونشريسي في رسالة : اضاءة الحلك في الرد على من أفتى بتضمين الراعي المشترك .

4 ــ النقل بالمعنى كثيرا ما يؤدي الى الاختلاف وتعدد المنقول (انظر الأسباب الراجعة الى شرح المدونة) .

5 ــ أن يكون الجواب في المسألة من وجهين : من جهة الحكم، ومن جهة الاحتياط، فينقل الرواة كل واحد منهم كما سمع، وكثير من المسائل المختلف فيها في باب الذرائع ترجع الى هذا السبب .

المبحث الثاني : تعريف الأقوال والروايات

إن الأقوال والروايات التي نشأت داخل المذهب المالكي نتيجة الأسباب المذكورة سابقا، لم تكن في درجة واحدة من حيث القوة، بل كان هناك تفاوت بينها بحسب ما يدعم كل قول من أدلة، فكان هناك القول المتفق عليه، والراجح، والمشهور، والمساوي لمقابله، والشاذ والضعيف، وهذه الأقوال والروايات، اذا توفر في أحدها شروط القول الذي يجري به العمل، انضاف اليه وصف ما جرى به العمل، ونعرف هنا في هذا المبحث تلك الأقوال والروايات .

وعلى هذا تكون فروع هذا المبحث كما يلي :

الفرع الأول : المتفق عليه
الفرع الثاني : الراجح
الفرع الثالث : المشهور
الفرع الرابع : المساوي لمقابله
الفرع الخامس : الشاذ
الفرع السادس : الضعيف
الفرع السابع : ما جرى به العمل .

الفرع الأول :ـ المتفق عليه

المراد بالقول المتفق عليه، اتفاق أهل المذهب المالكي الذين يعتد باتفاقهم، وهذا بصرف النظر عن الخلاف خارج المذهب، وقد حذر فقهاؤنا من بعض الاتفاقات والاجماعات التي يطلقها بعض العلماء، فقد ذكر المقري في قواعده : إنه يجب الحذر من اتفاقات ابن رشد [13]، واجماعات ابن عبد البر [14]، واحتمالات الباجي [15]، واختلاف

اللخمي [16]، وقيل كان مذهب مالك مستقيما حتى أدخل فيه الباجي يحتمل ويحتمل، ثم جاء اللخمي فعد جميع ذلك خلافا[17].

ويوجد في الاصطلاح ما يفيد معنى المتفق عليه كقولهم المذهب كذا ويمكن أن يدخل في المتفق عليه، المختلف فيه اختلافا لفظيا لأن الخلاف عند الفقهاء عدة أنواع : فهناك خلاف لفظي ومعنوي وفي حال وفي شهادة وحقيقي .

الفرع الثاني : الراجح

الراجح في اللغة القوي، قال في المصباح : رجحت الشيء بالتثقيل فضلته وقويته .

وفي الاصطلاح : فيه أقوال، الصواب منها أنه : القول الذي يستند الى دليل قوي وإن كان عدد القائلين به قليلا. ويختصر هذا في قولهم : الراجح ما قوي دليله. وقيل ما كثر قائله، ونذر اطلاقه على ما يشمل المشهور .

وعند الحطاب في شرح مختصر خليل [17م] : ان الراجح من أفراد المشهور لكونه جعل أمثلة الراجح من أمثلة المشهور، فيكون المشهور أعم من الراجح، وهو مخالف لما عند الهلالي في شرح خطبة المختصر [18]، وأكثر فقهاء المذهب فيكون ما ذهب اليه الأكثر من الفرق بين الراجح والمشهور هو الشائع، وَمَا للحطاب ناذر .

ويوجد في الاصطلاح ما يفيد معنى الراجح كقولهم : الأصح أو الأصوب، أو الظاهر، أو المفتى به كذا أو العمل على كذا ونحو ذلك. والخلاف الذي جرى في تعريف الراجح يجري أيضا فيما يدل عليه كالأصح والأصوب ونحو ذلك .

وميزان الترجيح يكون حسب الرتيب التالي :

1 ــ القول الراجح ما كان له دليل، بينما الآخر مقول بمجرد الرأي أو الاستحسان أو نحو ذلك فيعتبر القول الذي له دليل راجحا .

2 ــ قد يكون القولان أو الأقوال كلها لها دليل، لكن الذي له دليل أقوى، يعتبر راجحا .

3 ــ قد يتساوى القولان في قوة الأدلة، وحينئذ يعتبر قول الأعلم والأتقى والأورع والأصدق، ونحو ذلك من الأوصاف راجحا .

4 ــ القول الذي يكون أكثر شبها بقواعد الامام وأصوله يكون راجحا، والقول المخرج يكون مرجوحا .

الفرع الثالث : المشهور

المشهور في اللغة : الظاهر، قال في القاموس الشهرة بالضم ظهور الشيء في شنعة أي شهرة .

وفي الاصطلاح : اختلف في تعريفه على أقوال متعددة منها :

ــ انه ما كثر قائله، وقيل هو ما قوي دليله، وقيل هو قول ابن القاسم في المدونة .

1 ــ **ما كثر قائله :** ــ ويؤيد هذا التفسير بالوجوه التالية :

أولا إن هذا التفسير هو الموافق للمعنى اللغوي في لفظ المشهور ولا شك أن الحكم الصادر من جماعة أكثر من ثلاثة ظاهر .

ثانيا : لو لم يفسر المشهور بذلك لكان مرادفا للراجح فلا تتأتى المعارضة بينهما مع أنها ثابتة عند الجمهور من الفقهاء والأصوليين .

ثالثا : لو كان المشهور هو ما قوي دليله لم يتأت في القول الواحد أن يكون مشهورا وراجحا باعتبارين مختلفين مع أنه ثبت عن العلماء أن أحد

القولين يكون مشهورا لكثرة قائله، وراجحا لقوة دليله، ولا معنى لانحصار المشهور في قول ابن القاسم في المدونة [19] .

2 ـــ **ما قوي دليله** : ـــ فالمشهور بهذا المعنى يكون مرادفا للراجح، ولا يعتبر صاحب هذا القول كثرة القائلين كما لا يعتبر في تعارض البينتين كثرة شُهُود إحْدَيْهِما، ويحتمل أن يكون أطلق الدليل على ما يشمل كثرة القائلين، فيكون أعم من الراجح باطلاق، بحيث يشمل جميع أفراد الراجح وأفرادا أخرى [20] .

3 ـــ **المشهور هو قول ابن القاسم في المدونة** : ـــ وهذا التفسير للمشهور قاصر، لاقتضائه أنه اذا لم يكن الحكم مذكورا في المدونة، وكان مذكورا في غيرها، وقال فيه الامام مالك وأصحابه قولا، وشذ بعضهم فقال مقابله فلا يسمى الأول مشهورا، ولا أظن أحدا ينفي عنه اسم المشهور .

وقد وجه بعضهم تفسير المشهور ـــ بأنه قول ابن القاسم في المدونة ـــ بأن قول ابن القاسم فرد من أفراد المشهور، فالمراد بكثرة القائل في تعريفه بما كثر قائله كثرة حقيقية أو حكما، لأن ابن القاسم وإن كان واحدا في الخارج فهو أكثر من ثلاثة حكما، لأن المقصود من الكثرة هو تذكير بعضهم لبعض سواء عند تخريج الحكم باجتهادهم أو عند نقلهم الحكم عن إمامهم، فلأن رأي أو نقل الجماعة أقرب الى الصواب من رأي الفرد أو نقله، وكلا الأمرين متوفر في ابن القاسم، وقد حصل له ذلك، لأنه لازم مالكا أكثر من عشرين سنة ولم يفارقه حتى توفي وكان لا يغيب عن مجلسه إلا لعذر، وكان يعلم المتقدم المتروك من المتأخر المعمول به [21] ، ولأن المدونة أهم كتاب عند المالكية قد رويت عنه، وانضاف الى ذلك كثرة ورعه، فيغلب بجميع ذلك أن قول ابن القاسم يكون في حكم المشهور وأنه وحده يعادل الكثرة المشترطة في المشهور .

والحقيقة أن تفسير المشهور بأنه قول ابن القاسم في المدونة كان حسب الاطلاق القديم، أما اطلاق المتأخرين فهو ما كثر قائله. ومن عوامل

الخلاف في تحديد المشهور هو وجود مجموعات من الفقهاء المالكيين، كمجموعة المدنيين، والعراقيين، والمصريين، والمغاربة، فالعراقيون كثيرا ما يخالفون المغاربة في تعيين المشهور، ويشهرون بعض الروايات، بل حتى المغاربة والمصريون يخالفون بعضهم بعضا، كابن العربي المعافري والقاضي سند وغيرهما من الشيوخ، والذي ذهب اليه المتأخرون هو اعتبار تشهير ما شهره المصريون والمغاربة. وتجدر الملاحظة أن ابن الحاجب لم يلتزم تعبيرا موحدا، فمرة يصف الرواية أو القول بأنه الأشهر، ومرة أخرى يذكر وصف المشهور، وأراد ابن راشد القفصي أن يعلل هذا الخلاف في التعبير، فذكر أن الأشهر في اصطلاحه يدل على أن القول الآخر مشهور، لأن صيغة أفعل ظاهرة في التفضيل فيحتمل أن يكون قصد هذه العبارة، لرشاقتها وقلة حروفها، وعلل غيره بأن ابن الحاجب قصد بذلك قيام الأشهرية عنده، ورفض ابن فرحون في التبصرة التعليلين معا، لأنه رأى أن ابن الحاجب يطلق الأشهر على ما يقول غيره فيه إنه مشهور، ويبعد أن يكون غير التعبير لمجرد رشاقة اللفظ وقلة الحروف، وأبعد من هذا أن يكون غير التعبير ليبين قيام الأشهرية عنده، لأن ابن الحاجب كما يقول ابن فرحون كان مشهورا بالورع التام والتحرز من أن يدخل في مثل هذه العهدة، والذي يظهر والله أعلم أن قصده الافادة بما نقله أئمة المذهب، لأنهم نفسهم لم يلتزموا تعبيرا واحدا لذلك وجدنا خلافات بين العراقيين والمغاربة، بل حتى بين المغاربة، فمراد ابن الحاجب بقوله : الأشهر تعيين المشهور الذي هو مذهب المدونة، وأن القول الثاني شهره بعض الأئمة، وفائدة ذلك أن الحكم والفتوى يكون بالأشهر لا بالقول المقابل له (22) .

ويوجد في الاصطلاح ما يفيد معنى المشهور كقولهم الجمهور على كذا ومذهب الأكثر كذا، والمذهب كذا، ويريدون بالمذهب قول أكثر علماء المذهب، من قبيل المجاز المرسل لعلاقة الكلية، على أن صيغة المذهب كذا يقصد بها في الغالب القول المتفق عليه كما تقدم .

والجدير بالذكر أن المشهور عند الفقهاء الذين عرفوه بأنه ما كثر قائله، يوافقون في ذلك المحدثين والأصوليين، اذ عرفه المحدثون والأصوليون : بأنه خبر جماعة لم يبلغوا في الكثرة حد التواتر، على أنهم قالوا لا بد أن يكون له أكثر من طريقين، ويسمونه أيضا بالمستفيض من فاض الماء فيضا [23]، ومنهم من غاير بين المستفيض والمشهور بأن المستفيض يكون في ابتدائه وانتهائه سواء، والمشهور أعم من ذلك، ولا يلزم من شهرته صحته، لأن الشهرة بمعنى تعدد الطرق لا تستلزم الصحة فقد يكون المشهور صحيحا وحسنا وقد يكون ضعيفا وموضوعا، ومثل هذا يقال في المشهور عند الفقهاء لأنه قد يكون له مدرك صحيح وقد يكون له مدرك ضعيف، وقد لا يكون له مدرك أصلا .

الفرع الرابع :ـ المساوي لمقابله

يكون القول المساوي لمقابله عند عدم الترجيح بين القولين، بان يكونا في مرتبة واحدة من جهة القولين في ذاتهما، ومن جهة قائلهما، لأنه إذا كان أحد القائلين بقول يمتاز عن القائل الآخر بصفة من الصفات كالعلم والورع فان مثل هذه الصفات موجبة للرجحان وان كان القولان في ذاتهما متساويين [24] .

الفرع الخامس :ـ الشـاذ

الشاذ في اللغة : هو المنفرد عن الجمهور، قال في المختار : شذ عنه انفرد عن الجمهور، وفي القاموس : شذ يشذ بضم الشين، ويشذ بكسر الشين شذا وشذوذا ندر عن الجمهور .

وفي الاصطلاح هو الذي لم يكثر قائله، أي لم يصدر من جماعة، وفي الغالب يطلق على مقابل المشهور، وقد يطلق على مقابل الراجح [25] .

ونلاحظ أن تعريف الشاذ عند الفقهاء قريب من تعريفه عند المحدثين، فقد قال الشافعي : الشاذ من الحديث أن يروي الثقات حديثا فيشذ عنهم واحد فيخالفهم [26]، ومن ثم كان شرط الشاذ التفرد والمخالفة، فلو تفرد راو ثقة بحديث لم يخالف فيه غيره فحديثه صحيح غير شاذ، فشرط التفرد والمخالفة ملحوظ. أيضا في تعريف الشاذ عند الفقهاء، فلو تفرد فقيه برواية قول، أو خرج حكما دون أن يخالف في ذلك جماعة من الفقهاء، لما سمي قوله شاذا .

والشاذ له علاقة التضايف بالمشهور فلا يتعقل أحدهما بدون الآخر .

الفرع السادس :ـ الضعيف

الضعيف في اللغة قال في المصباح : والضعف بضم الضاد في لغة قريش، وبفتحها في لغة تميم خلاف القوة والصحة .

وفي الاصطلاح : هو ما لم يقو دليله، وهو نوعان :

أ ـ ضعيف نسبي ب ـ وضعيف المدرك .

فالأول هو الذي عارضه ما هو أقوى منه فيكون ضعيفا بالنسبة لما هو أقوى منه، وإن كانت له قوة في نفسه .

والثاني : أي ضعيف المدرك هو الذي خالف الاجماع أو القواعد أو النص أو القياس الجلي، فيكون ضعيفا في نفسه، وقد يطلق الضعيف كالشاذ على كل من مقابل المشهور والراجح [27] .

الفرع السابع : ما جرى به العمل

هو القول الذي حكم به أحد القضاة أو المفتين المتأهلين المشهورين بالمعرفة والتجربة والاطلاع الواسع والذكاء في تطبيق نصوص الفقه على الوقائع والمسائل، الى جانب نزاهتهم. ويكون ذلك القول المحكوم به من أقوال فقهاء

المذهب، ولو كان ضعيفا أو مهجورا، لأن القاضي أو المفتي ما اختار ذلك القول إلا لاعتبار خاص، كاعتبار ظروف القضية، وأحوال المتداعين والمستفتين، وما يرجع الى عوائدهم وأعرافهم، فوجد أن ذلك القول أكثر انطباقا وأشد ملاءمة للمسألة مما عداه، وإن كان غير قوي ولا مشهور، مع ما انضاف الى ذلك من فائدة رفع الخلاف في المسألة المتنازع فيها، والتي يكون فيها قولان أو أقوال متعددة في المذهب، اذ أن حكم الحاكم يرفع الخلاف على ما هو معروف. ويأتي القضاة والمفتون بعد ذلك فيأخذون بذلك العمل ما دام الموجب الذي خولف من أجله المشهور في مثل ذلك البلد وذلك الزمن مستمر .

وقد سبق أن نشرت في العدد الثالث من مجلة دار الحديث الحسنية مقالا خاصا بنشأة نظرية الأخذ بما جرى به العمل، عرفت فيه القول الذي جرى به العمل، وذكرت أسباب ظهوره، وأنواعه ثم عمل قرطبة وعمل فاس .

المبحث الثالث : صور التعارض بين الأقوال والروايات

ننبه أولا أننا نطلق القول هنا حتى على الرواية، لأن الرواية نفسها لما يقول بها أحد الفقهاء تصبح قولا .
وبمقابلة الأقوال بعضها ببعض نحصل على ما يلي :ـ

ست صور فيها أحد القولين أقوى من مقابله (فرع أول) .

وثلاث صور فيها القولان متساويان في الترجيح (فرع ثان) .

وصورة واحدة فيها القولان متساويان في عدم الترجيح (فرع ثالث) .

الفرع الأول :ـــ الصور الست التي فيها أحد القولين أقوى من مقابله

وهذه الصور هي :

الأولى : أن يكون أحد القولين مشهورا ومقابله شاذا، ككراء الأرض بما يخرج منها، فالمشهور المنع والشاذ الجواز .

الثانية : أن يكون أحد القولين راجحا ومقابله ضعيفا، كالتفرقة بين الصبيان في المضاجع، فالراجح ندب التفرقة عند العشر سنين، والضعيف ندبها عند السبع .

الثالثة : أن يكون أحد القولين راجحا ومقابله مشهورا ضعيف المدرك كتحلية الصبي بالذهب أو بالفضة أو إلباسه الحرير الخالص، فان الراجح هو التحريم في حق الصبي، والمخاطب به وليه، والمشهور جواز تحلية الصبي بالفضة وكراهة تحليته بالذهب وكراهة إلباس الولي الحرير له .

الرابعة : أن يكون أحد القولين مشهورا وراجحا، والآخر شاذا وضعيفا، كالجلوس على الحرير الخالص للرجال، فانه حرام على المشهور لكثرة قائله، وحرام على الراجح أيضا لقوة دليل التحريم، وهو نهيه ﷺ الرجال عن لباس الحرير، فان الجلوس عليه من جملة اللباس بدليل قول أنس بن مالك : إن هذا الحصير قد اسود من طول ما لبس، ومعلوم أن لباس الحصير هو الجلوس عليه، وأما قول ابن الماجشون : إن الجلوس ليس من اللباس في شيء، فمردود بكلام أنس المتقدم، وأما تأويله كلام أنس بأنه كان يجعل حصيره غطاء فبعيد جدا، وهذا على تسلم أن النهي انما ورد عن اللباس فقط وليس كذلك بل ورد عن الجلوس أيضا، فيكون مقابله وهو الجواز شاذا وضعيفا، وهو لابن الماجشون وبعض الشافعية والكوفيين .

الخامسة : أن يكون أحد القولين راجحا ومشهورا والآخر راجحا فقط كَالدَّلْكِ في الغسل، فالمشهور والراجح وجوبه لذاته، والراجح وجوبه لايصال الماء للبشرة .

السادسة : أن يكون أحد القولين مشهورا وراجحا والآخر مشهورا فقط، كوقت المغرب، فالمشهور والراجح الامتداد إلى ان يغيب الشفق، والمشهور فقط هو الذي مشى عليه خليل في مختصره في قوله : (تقدر بفعلها بعد شروطها) من باب الوقت المختار ...

الفرع الثاني : الصور الثلاث التي فيها القولان متساويان في الترجيح

وهذه الصور هي :

الأولى : أن يكون كل من القولين مشهورا، كستر العورة في الصلاة فالقول باشتراطه للذاكر القادر شهره ابن عطاء الله، والقول بعدم الاشتراط شهرهُ ابن العربي .

الثانية : أن يكون كل من القولين راجحا، كتأخير الصلاة عن وقتها الاختياري الى الضروري، فالقول بالحرمة رجحه قوم، والقول بالكراهة رجحه آخرون .

الثالثة : أن يكون كل منهما مشهورا وراجحا، كوقت صلاة الصبح، فالقول بأن مختارها من طلوع الفجر الى الاسفار أي الضوء، وضروريها من الأسفار الى طلوع الشمس، شهره ورجحه قوم، والقول بأن مختارها يمتد من طلوع الفجر الى طلوع الشمس شهره ورجحه آخرون، فعلى هذا القول لا ضروري لها .

الفرع الثالث : الصورة الوحيدة التي فيها القولان متساويان في عدم الترجيح

ففي هذه الصورة يكون كل من القولين لا ترجيح فيه ولا تشهير ومثالها : التطهير بالماء المجعول في الفم الذي أشار له الشيخ خليل في مختصره بقوله : « وفي التطهير بماء جعل في الفم قولان » من باب يرفع الحدث ...

والجدير بالذكر هنا أن الشيخ خليل في مختصره يقتصر على القول المفتى به عندما يكون هناك قول أقوى من غيره، وأشار الى هذا بقوله : (مبينا لما به الفتوى) في خطبة مختصرة .

فاذا كان هناك التساوي في الترجيح أو التشهير يعبر عن ذلك بقوله : (وحيث قلت خلاف فذلك للاختلاف في التشهير) ومراده باختلاف التشهير، الاختلاف في التقوية، والتعبير عن الاختلاف في التقوية قد يكون بلفظ التشهير أو بما يدل عليه كقولهم : المذهب كذا أو الظاهر أو الراجح أو المفتى به كذا... كما تقدم. واذا كان هناك التساوي بين القولين في عدم الترجيح فان الشيخ خليل يعبر عن ذلك بقوله : (وحيث ذكرت قولين أو أقوالا فذلك لعدم اطلاعي في الفرع على أرجحية منصوصة) .

المبحث الرابع :ـ طرق الترجيح بين الأقوال والروايات *

اذا تعارضت الأقوال والروايات المذكورة سابقا فنتبع طرق الترجيح التي سنها الفقهاء والأصوليون .

فما هي طرق الترجيح عند تعارض المشهور والراجح مع الشاذ والضعيف ؟ (فرع أول)

وما هي طرق الترجيح عند تعارض الراجح مع المشهور ؟ (فرع ثان)

وما هي طرق الترجيح عند حصول التساوي بين القولين ؟ (فرع ثالث)

ثم بعد ذلك هل جريان العمل بالقول أو الرواية يعتبر موجبا للترجيح أم لا ؟ (فرع رابع).

الفرع الأول : طرق الترجيح عند تعارض المشهور والراجح مع الشاذ والضعيف

إن القاعدة العامة التي قال بها أكثر الفقهاء هي وجوب تقديم القول المشهور أو الراجح على مقابلهما من الشاذ والضعيف في الأحوال العادية (المطلب الأول). أما اذا كانت هناك أحوال استثنائية فيجوزون العمل بالضعيف والشاذ (المطلب الثاني). والى جانب هذا هناك من يقول بجواز الاختيار بين مختلف الأقوال سواء كانت مشهورة وراجحة أو شاذة وضعيفة، لأن الخلاف رحمة (المطلب الثالث) .

المطلب الأول : تقديم الراجح والمشهور على مقابلهما وذلك كقاعدة عامة

أشهر من نسب اليه القول بتقديم المشهور على الشاذ في الأحوال العادية الامام المازري (29)، وقد تناقلت كتب الفقه والأصول قوله في هذا الموضوع، اذ ورد عنه أنه قال : (لا أفتي بغير المشهور ولا أحمل الناس على غيره، لأن الورع قل، بل كاد يعدم، والتحفظ على الديانات كذلك، وقد كثرت الشهوات، وكثر من يدعي العلم ويتجاسر على الفتوى فيه بغير

بصيرة، فلو فتح لهم باب في مخالفة مشهور المذهب، لاتسع الخرق على الراقع وهتكوا حجاب هيبة المذهب، وهذا من المفسدات ـــ لأنه يكون تحكيما فلا يسير إلا حيث يكون غرضه وشهوته، ولا يكون داخلا تحت قانون شرعي يضبط به تصرفاته ـــ التي لا خفاء بها ...) .

وعلق أبو اسحاق الشاطبي على رأي المازري بقوله : « فانظر كيف لم يستجز هذا الامام ـــ وهو المتفق على إمامته وجلالته ـــ الفتوى بغير مشهور المذهب، ولا بغير ما عرف منه، بناء على قاعدة مصلحية ضرورية، اذ قل الورع والديانة، من كثير ممن ينتصب لبث العلم والفتوى كما تقدم تمثيله، فلو فتح هذا الباب لانحلت عرى المذهب بل جميع المذاهب لأن ما وجب للشيء وجب لمماثله » (30) .

والمازري قرر ذلك كأصل عام ولذلك يجوز الخروج عليه في الأحوال الاستثنائية كما سيأتي. وقد أفتى المازري بالشاذ، في مسألة استحقاق الأرض من يد الغاصب (31)، رغم قوله السابق وذلك لظهور المصلحة التي لم يتعلق له بها غرض شخصي، وخالف المعهود من عادته من الوقوف مع المشهور، وهذا ليس تناقضا مع قوله السابق، لأنه قرر هناك لزوم المشهور خشية تذرع أهل الفساد للفتوى بالشاذ والضعيف، أما حيث يظهر الوجه الذي يمكن من أجله العدول عن المشهور الى الشاذ فلا مانع .

وأكد الفقهاء الذين كتبوا على مختصر خليل عند قوله في باب القضاء : (فحكم بقول مقلده) أن القاضي ملزم بالحكم بقول مقلده بفتح اللام يعني بالمشهور أو الراجح سواء كان قوله أو قول أصحابه، لا بالضعيف ولا بقول غيره من المذاهب .

ونفس الرأي ذهب اليه الأصوليون فقد قال ابن السبكي وجلال الدين المحلي : (والعمل بالراجح واجب بالنسبة الى المرجوح فالعمل به ممتنع سواء كان الرجحان قطعيا أم ظنيا) (32)،فقوله العمل بالراجح يشمل ما اذا كان راجحا بكثرة الأدلة وقوتها وهو المسمى بالراجح عند الفقهاء كما تقدم،

ويشمل ما إذا كان راجحا بقوة قائله وهو المسمى بالمشهور عند جمهور الفقهاء كما مر أيضا .

واذا استشهدنا على وجوب العمل بالمشهور والراجح، فنستشهد على عدم العمل بالضعيف والشاذ، فقد ذكر عبد الرحمن الفاسي في نظم العمل أن قضاة الوقت لا يجوز لهم الحكم بالشاذ، واذا حكموا به فان حكمهم ينقض حيث قال :

حكـــم قضاة الـــوقت بالشذوذ ينـــقض لا يتـــم بالنفـــوذ
ومـــن عوام لا تجـــزْ ما وَفَقـــا قولا فلا اختيـــار منهـــم مطلقـــا

وذهب الحنفية الى نفس الرأي حيث قال ابن عابدين في عقود رسم المفتي :

ولا يجـــوز بالضعيـــف العمـــل وَلَا بِه يُجَـــــابُ مَنْ جَا يَسْأَلُ

وذكر أيضا أن القاضي لا يقضي بالضعيف حيث قال :

لكنمـــا القـــاضي به لا يقضي وإن قضى فحكمـــه لا يمضي
لا سيمـــا قضاتنـــا إذ قيـــدوا بِرَاجِـح المذهب حيـن قلـدوا (33)

المطلب الثاني :ــ الأحوال الاستثنائية التي يجوز أو يمضي فيها العمل والحكم بالضعيف والشاذ

الى جانب القاعدة العامة هناك استثناءات يمضي فيها الحكم بالضعيف أو الشاذ إن وقع، فقد ذكر أبو عبد الله السنوسي أن الحكم بغير المشهور والراجح لا ينقض إلا في الأحوال التالية :

أ ــ أنْ يكون الحكم خطأ بينا.

ب ــ أن يقصد الحاكم الى الحكم بشيء فيحكم بغيره غلطا.

ج ــ أن يكون الحكم الواقع من الحاكم بالشاذ أو الضعيف لم يقع على سبيل تحري الصواب بل على سبيل قصد الهوى والميل للمحكوم له (34) .

فقد حصر أبو عبد الله السنوسي أحوال نقض الحكم بغير المشهور والراجح فيما ذكر، ويستفاد من الحالة الثالثة، أن الحكم بالشاذ أو الضعيف يجوز ويمضي إن وقع على سبيل تحري الصواب، لا على سبيل قصد الهوى والميل للمحكوم له، وهذا الرأي مطلق سواء كان القاضي مقلدا أو مجتهدا، على أن بعض الفقهاء اشترطوا في القاضي لكي يمضي حكمه بالشاذ أو الضعيف، أن يكون من أهل الترجيح، وأن يكون لذلك الحكم مدرك ترجح عند ذلك الحاكم (35) .

ويبدو من أقوال الفقهاء أن هناك تمييزا بين حالين قبل وقوع الحكم وبعد وقوعه، فبعد وقوع الحكم يتساهل في إمضائه إذ صدر على سبيل تحري الصواب، ولو وقع بغير المشهور أو الراجح ما دام لا يخرج عن دائرة أقوال فقهاء المذهب .

وهناك استثناء آخر يجوز فيه للانسان أن يعمل بالضعيف أو الشاذ، فقد ذكر الفقهاء أنه اذا حصلت للانسان ضرورة في خاصة نفسه يجوز له العمل بالضعيف أو الشاذ ولا يفتي به لغيره، لأنه لا يتحقق الضرورة بالنسبة لغيره كما يتحققها من نفسه .

وقالوا : إن المانع من جواز تعميم الحكم بالضعيف للضرورة هو سد الذريعة، لا إنه لا يعمل بالضعيف اذا تحققت الضرورة يوما ما (36) .

ويوافق الحنفية ما ذهب اليه المالكية من إمضاء العمل بالضعيف أو الشاذ، اذا صدر لأجل ضرورة، أو كان الحاكم من أهل العلم والترجيح، فقد ذكر ابن عابدين استثناء من منع الحكم بالضعيف حيث قال :

إلا لعامــــــــــــــل له ضرورة أو من له معرفة مشهورة [37]

على أن متأخري الفقهاء المالكية بمصر يقدمون تقليد الراجح أو المشهور من المذاهب الأخرى كالمذهب الشافعي والحنفي والحنبلي على العمل بالشاذ أو الضعيف من المذهب المالكي عند الضرورة، بينما متأخرو المغاربة يقدمون العمل بالشاذ أو الضعيف من المذهب المالكي على تقليد قول خارج المذهب، وذلك اقتصارا على المذهب وتمسكا به ما أمكن [38] .

المطلب الثالث :ـــ جواز الاختيار بين مختلف الأقوال سواء كانت مشهورة وراجحة أو شاذة وضعيفة

يذهب أصحاب هذا الرأي الى جواز الحكم والعمل بأي قول من الأقوال، وليس لازما أن يقدم الراجح والمشهور على المرجوح من الضعيف والشاذ، ويحكـــي الشاطبـــي في الموافقـــات [39] رأي هذا الفريـــق فيقول : صار كثير من مقلدة الفقهاء يفتي قريبه أو صديقه بما لا يفتي به غيره من الأقوال اتباعا لغرض ذلك القريب وذلك الصديق، يقول الشاطبي : ولقد وجدنا هذا في الأزمنة السالفة فضلا عن زماننا كما وجد فيه تتبع الرخص في المذاهب، ولا سيما في المسائل التي لا تتعلق بالمنازعات، وانما يكون ذلك فيما بين الانسان وبين نفسه في عبادته أو عادته كتخليص السائل من الورطات، كالحلف باليمين والطلاق ونحو ذلك، ويذكر قصة محمد بن يحيى بن لبابة الذي انفرد دون مجموع الفقهاء بالافتاء للناصر أمير الأندلس بجواز معاوضة الحبس مخالفا بذلك مشهور المذهب، والترخيص للأمير بالأخذ برأي الحنفية، دون وجود موجبات الترخيص، ويحكى عن الباجي أن مجموعة من فقهاء عصره كانت تجيز الأخذ بأي قول من أقوال الخلاف في المذهب دون الاستناد

الى الرجحان أو الشهرة، ويروي الباجي قصة أن شخصا ممن يثق به حدثه : أنه « اكترى جزءا من أرض على الاشاعة، ثم أن رجلا آخر اكترى باقي الأرض، فأراد المكتري الأول أن يأخذ بالشفعة وغاب عن البلد، فأفتى المكتري الثاني باحدى الروايتين عن مالك : أن لا شفعة في الاجارات، قال لي : فوردت من سفري فسألت أولئك الفقهاء ــ وهم أهل حفظ في المسائل وصلاح في الدين ــ عن مسألتي فقالوا : ما علمنا أنها لك، إذ كانت لك المسألة أخذنا لك برواية أشهب عن مالك بالشفعة فيها فأفتاني جميعهم بالشفعة، فقضي لي بها » [40] .

ويروي الباجي عن أحد هؤلاء الفقهاء المشهور بالحفظ والتقدم أنه كان يقول معلنا غير مستتر : إن الذي لصديقي علي اذا وقعت له حكومة أنا أفتيه بالرواية التي توافقه، وعلق الباجي على هذا القول قائلا : ولو اعتقد هذا الفقيه أن مثل هذا لا يجوز له ما استجازه، ولو استجازه لم يعلن به ولا أخبر به عن نفسه [41] ،وأصبح الاعتماد في جواز الفعل علي كونه مختلفا فيه بين أهل العلم لا بمعنى مراعاة الخلاف فان له نظراً آخر.ويقول هذا الفريق الذي يجوز الاختيار بين مختلف الأقوال : إن الاختلاف رحمة، وفي بعض الأحيان يشنعون على من لزم القول المشهور أو الموافق للدليل أو الراجح عند أهل النظر، ويقولون لغيرهم : لقد حجرتم واسعا وملتم بالناس الى الحرج، وما في الدين من حرج وما أشبه ذلك .

وهذا الرأي على اطلاقه غير صحيح، ومخالف لروح الشريعة وتحكم بالهوى، والشريعة جاءت لاخراج الانسان عن دائرة هواه، لأنه اذا اختار أحد الأقوال بدون دليل لم يكن أحد الخصمين بالحكم له أولى من الآخر، إذ لا مرجح عنده افتراضا إلا التشهي والهوى، فلا يمكن انفاذ حكم على أحدهما إلا مع الحيف على الآخر ، وترك الحرية للحاكم أو المفتي بأن يأخذ بأي قول شاء يؤدي الى مفاسد لا تنضبط بحصر، ومن ها هنا شرط الفقهاء في الحاكم بلوغ درجة الاجتهاد، وحين فقدان تلك الدرجة شرط أهل قرطبة

على الحاكم أن لا يحكم إلا بمذهب ابن القاسم قولًا أو رواية عند وجوده، وإلا فَبما عليه أهل الاقليم، فانضبطت الأحكام بذلك وارتفعت المفاسد المتوقعة .

الفرع الثاني :ــ طرق الترجيح عند تعارض الراجح مع المشهور

نعرض في هذا الفرع أوجه النظر في الخلاف حول تقديم الراجح على المشهور بمعناهما الخاص، على أن بعض الباحثين ذكر الخلاف على اطلاقه سواء أكان القاضي أو المفتي مجتهدا أو مقلدا، وبعضهم قصر الخلاف على المجتهد من القضاة والمفتين، وأخرج المقلد من الخلاف إذ ألزمه باتباع المشهور، ويرجع الخلاف الى رأيين :ــ

الرأي الأول : يقول بتقديم المشهور على الراجح :ــ وصرح بهذا الشيخ علي العدوي في حاشية الخرشي على مختصر خليل، والزرقاني عند شرحه لمسألة الدلك في الغسْل، من مختصر خليل، فقد ذكر : أنه مهما فسرنا المشهور بما كثر قائله إلّا وَلَا يعدل عنه ولو ضعف مدركه في ظننا وكان مدرك مقابله قويا، وضعف المدرك لا يلزم منه ضعف القول نفسه، لما تقرر من أنه : لا يلزم من بطلان الدليل فضلا عن ضعفه بطلان المدلول (42)، وقد سلم كلامه محشوه بناني والرهوني والتاودي (43)، وممن قال بتقديم المشهور على الراجح الشيخ حجازي العدوي في حاشيته على شرح مجموع الأمير .

ومما يجدر ذكره، أن المشهور يقسم الى قسمين :

أ ــ قسم ضعف دليله ظني فقط، وهذا يقدم على الراجح في نظر بعض الفقهاء .

ب ــ وقسم ضعف دليله يقيني، وهذا لا يقدم على الراجح في نظر هذا البعض، فما ذهب اليه الزرقاني (44) ومن وافقه، ضعف دليله ظني فقط لا يقيني، ومما يستدل به على تقديم المشهور على الراجح : هو أن المشهور كثر

القائل به لدليل قوي لم نطلع عليه، زيادة على الدليل الضعيف الذي أطلعنا عليه، فيكون المشهور في نظر أصحاب هذا الرأي راجحا أيضا إلا أن دليل رجحانه لم نطلع عليه .

الرأي الثاني : يذهب الى تقديم الراجح على المشهور :ـــ

وينسب الى الجمهور من الفقهاء والأصوليين، وممن صرح بذلك ابن العربي في أحكام القرآن، والقرافي في اختصاره لقواعد الشيخ عز الدين بن عبد السلام، واختاره علي الأجهوري والهلالي .

واحتج بعضهم لتقديم الراجح على المشهور بالوجوه التالية :ـــ

أ ـــ ان كثرة القائلين لا تفيد شيئا في بيان حق من باطل، إذ من الجائز أن يكون ما ذهب اليه القليل صوابا وحقا، لقوة دليله، وما قال به الكثير خطأ لضعف دليله .

ب ـــ لم يقم برهان من عقل ولا نقل على أن الصواب ما قال به الكثير والخطأ ما قال به القليل، بل السبيل الوحيد الموصل الى معرفة الصواب من الخطأ عند تعارض الأقوال وتناقضها هو الدليل .

ج ـــ إن العمل بالراجح عمل بما قوي دليله، وما قوي دليله يجب العمل به نصا، لأن الله تعالى يقول في كتابه الكريم : (قل هاتوا برهانكم إن كنتم صادقين) [45]. فدل على أن ما لا دليل عليه ليس بصواب وإن كثر قائله، وانما ما قام البرهان عليه هو الصواب والحق وإن قل قائله، لأن الله سبحانه وتعالى لم يشترط في صدق الدعوى إلا الاتيان بالدليل الذي يؤيدها لا غير .

د ـــ إن تقديم المشهور اذا كان دليله ضعيفا على الراجح مع قوة دليله تقديم للمرجوح على الراجح وهو ممتنع في بداهة العقل .

هـ ـــ حصول اجماع الصحابة على العمل بالراجح وتقديمه على غيره كما يدل عليه تصرفهم في عدة قضايا، واجماعهم دليل قطعي يوجب التمسك بالراجح وطرح المرجوح المعارض له ولو كان مشهورا (46) .

والى جانب الرأيين السابقين، هناك من يتشكك في وجود القول المشهور في المذهب، ويقول : إن المشهور الذي ملأ الفقهاء المقلدون كتبهم بتهويل أمره وتعظيم شأنه ووجوب العمل به انما هو مشهور صوري لا حقيقي، وذلك أن كثرة القائلين انما تعتبر في الجملة اذا كان القائلون مجتهدين، لأن قول كل واحد منهم يكون ناشئا عن بحث ونظر في الأدلة، فتكون كثرتهم واتفاقهم على قول واحد في الواقعة، مع اختلاف أنظارهم وتوافر أسباب اختلافهم دالين على أن قطعية دلالة الدليل هي التي جمعت كلمتهم وغلبت عوامل وأسباب اختلافهم، ولا شك أن لهذا فائدة عظيمة في ترجيح الأقوال عند تعارضها، أما كثرة القائلين المقلدين فانها ترجع الى قول واحد، يقوله الامام أو أحد العلماء من مذهبه أصحاب التخريج على أصوله، فيتتابع فقهاء المذهب على نقله فيصير مشهورا، وما هو في الواقع إلا قول واحد، تناقله المقلدون في كتبهم بدون نظر ولا بحث عن مصدر ذلك القول ودليله، ومن تتبع الأقوال المشهورة في المذهب وجدها لا تخرج عن هذا (47) .

ومما تجب الاشارة اليه أن قانون مدونة الأحوال الشخصية المغربية نص في نهاية عدد من كتبه على أن (كل ما لم يشمله هذا القانون يرجع فيه الى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الامام مالك) . وهذا النص لم يبين ما يقدم من الأقوال عند تعارضها، وانما أمر بالرجوع عند عدم وجود النص في القانون الى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل، واستفيد الأمر بالرجوع من فعل « يرجع فيه... » على تقدير لام الأمر، وقيل إنه صيغة خبر جاءت للطلب مثل قوله تعالى : « يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء »، وقال صاحب الجوهر المكنون :

ويستفاد كذلك من العطف بأو بعد صيغة الطلب، في نص المدونة السابق أن « اوْ » هُنَا للتخيير لا للترتيب، ولو أراد المشرع الترتيب لعطف بحروف الترتيب كالفاء وثم، وعليه فما زال الترجيح بين المشهور والراجح متروكا للفقهاء .

وبعد عرض هذه الآراء نقرر : انه يجب تفصيل الكلام، فاذا كان المفتي أو القاضي مجتهدا في المذهب أو على الأقل له إلمام بأصول الفقه وآيات الأحكام وأحاديث الأحكام، وله اطلاع على فروع المذهب، فهذا لَا خِلَافَ فيه أنه يقدم الراجح على المشهور، لأنه يستطيع أن يميز مدارك الأحكام، وفي نظرنا أن هذا المستوى يمكن أن يتوفر في مجموعة من الأساتذة الجامعيين في الشريعة الاسلامية وكذلك في عدد من مستشاري المجلس الأعلى المختصين في الشريعة الاسلامية، وفي عدد من الفقهاء الذين يمارسون الاشتغال بالفقه ومصادره وأصوله وقواعده، فأولئك الفقهاء كثيرا ما نجد لهم تعليقات وأبحاثا وفتاوي واجتهادات يظهر منها أنهم قادرون على تمييز الراجح من المرجوح، لذا فانهم كثيرا ما يدلون باجتهادات تقيد النصوص التشريعية ونصوص المتون والمؤلفات الجاري بها العمل في المغرب، وكذلك بتخصيصها أو تأويلها .

أما القضاة والمفتيون والمحامون الذين اقتصروا في دراستهم على النصوص التشريعية وبعض شروح المتون أي مرحلة الاجازة (الليسانس) دون أن يبلغوا الى درجة تعليل وتأصيل تلك النصوص وتلك المتون والشروح، ودون أن يتعمقوا في مصادر الأحكام وَمَقَاصِدِ الشريعة وقواعدها، فان هؤلاء يجب عليهم تقديم المشهور من الأقوال والأحكام وأن يفهموا النص على ظاهره، وسبب تقديم المشهور على الراجح الذي لم يشتهر بالنسبة لهذا الصنف من الفقهاء، أن في ذلك ضمانة للعدل أكثر، وصيانة لعلم

الشريعة من أن ينحرف به غير المؤهلين، ثم أن كثرة القائلين بالنسبة للمشهور تجعله صحيح السند وأوثق من غيره، بينما الراجح غير المشهور لا يدرك رجحانه معظم القضاة والمفتيين وغيرهم ممن ينتمي الى الصنف الثاني من الفقهاء .

الفرع الثالث : طرق الترجيح عند حصول التساوي بين الأقوال

إذا لم يقف القاضي أو المفتي على الراجح أو المشهور من الأقوال بل تساوت عنده فبماذا يحكم ؟

ان الفقهاء تعرضوا لهذا المشكل، بعضهم أعطى حق الاختيار للقاضي وللمفتي يحكم بأي قول شاء، وبعضهم أعطى حق الاختيار للمستفتي، فان المفتي يطرح عليه الأقوال ويقول له اختر لنفسك ما تريد، وبعضهم نادى بالتوقف والتصالح. ونستعرض فيما يلي وجهة نظر كل فريق .

أولا : القائلون بالتوقف والتصالح وعدم الحكم بالتخمين

يقول هؤلاء إن القاضي اذا لم يتبين له في الأمر شيء تركه ولا يحكم به وفي قلبه منه شك، قال سحنون : ولا بأس أن يأمر بالصلح ولا يحكم بالتخمين [48]. ويقول الشاطبي : (إذا وجدت قولين في المذهب فلا أفتي بأحدهما على التخمين مع أني مقلد، بل أتحرى ما هو المشهور والمعمول به، فهو الذي أذكره للمستفتي ولا أتعرض للقول الآخر، فاذا أشكل علي المشهور ولم أَرَ لأحد من الشيوخ في أحد القولين ترجيحا توقفت) .

ويقول ابن عاصم بالتوقف عن تنفيذ الحكم، ويقول كذلك بدعوة الخصوم الى التصالح اذا وقع اشكال وعدم ظهور الحق سواء كان سبب الاشكال عدم وضوح حجج الخصوم، أو عدم وضوح النص المحكوم به، وعدم بيان جهة الرجحان فيه قال في التحفة :

وليس بالجائز للقاضي إذا لم يبد وجه الحكم أن ينفذا
والصلحُ يستدعي له ان أشكلا حكم وإن تعين الحق فَلَا

وذكر التسولي في شرحه، الرأي المقابل لقول ابن عاصم معبرا عنه بلفظ قيل، اشارة الى أنه قول غير مشهور، قال التسولي : « وقيل اذا تجاذب النازلة أصلان ولم يترجح أحدهما عنده ــ أي عند القاضي ــ ولا عند غيره من المشاورين تخير في الحكم بأيهما شاء، قياسا على تعارض الحديثين دون تاريخ » (50) .

ثانيا : القائلون بعدم التوقف، وانما يجب على الحاكم أو المفتي اصدار الحكم بأحد القولين المتساويين :ــ

وعلل القرافي هذا الرأي : بأننا نجد على صعيد الاجتهاد المطلق (أن العلماء اختلفوا اذا تعارضت الأدلة عند المجتهدين وتساوت وعجز المجتهد عن الترجيح هل يتساقط الدليلان أو يختار واحدا منهما يفتي به، قولان للعلماء، فعلى القول بأن يختار أحدهما يفتي به، له أن يختار أحدهما يحكم به، مع أنه ليس أرجح عنده بطريق الأولى، لأن الفتوى شرع عام على المكلفين الى قيام الساعة، والحكم يختص بالوقائع الجزئية، فتجويز الاختيار في الشرائع العامة أوْلَى أن يجوز في الأمور الجزئية الخاصة، وهذا مقتضى الفقه والقواعد، وعلى هذا يتصور الحكم بالراجح وغير الراجح وليس اتباعا للهوى، بل ذلك بعد بذل الجهد والعجز عن الترجيح وحصول التساوي) (51). ان رأي القرافي هذا يدل على أن الحاكم له امكانات الترجيح لأنه بذل جهده وعجز عن الترجيح، والقرافي أَتَى برأيه هذا في معرض كلامه على القاضي المجتهد والمقلد، فكان الأولى به أن يقصره على المجتهد لأنه هو الذي له قدرة الترجيح لاطلاعه على مدارك الأحكام ومراتبها قوة وضعفا، أما القاضي المقلد فدراسته مرتكزة

على التفاريع الفقهية ولم يمارس استنباط الأحكام من الأدلة حتى يمكن له أن يرجح، ويرى الشيخ الحسن بن رحال المعداني متابعة رأي القرافي في المسائل التي لا خصام فيها حيث ذكر أنه يحكم بأحد القولين المتساويين في نحو فتوى في طلاق ونحوه، وأما القضايا التي فيها نزاع بين الخصوم، فلا يحل للقاضي أن يحكم فيها بين الخصمين بأحد القولين المتساويين، واذا حكم بذلك فلا يمضي حكمه، لأنه اذا تخاصم زيد مع عمرو وأراد القاضي أن يحكم لزيد على عمرو بأحد القولين المتساويين، فيقول له عمرو هذا تحكم منك أيها القاضي فبأي وجه رجحت خصمي علي ولك مندوحة في عدم الحكم بيننا بأن تترك الحكم بيننا أو تأمرنا بالصلح أو بالاستفتاء أو بالرفع لقاض آخر فربما يكون عنده علم بترجيح أحد القولين [52] .

ويفرق الشيخ المسناوي بين حالين قبل وقوع الحكم بالمتساويين وبعد وقوعه، فقبل وقوع الحكم، فإنه يؤيد الشيخ أبا اسحاق الشاطبي في وجوب التوقف على القاضي، لا سيما ان كان له ميل وشهوة في ذلك الحكم، لأنه أحوط لبراءة الذمة .

أما اذا وقع الحكم بأحد المتساويين، فان المسناوي لا يرى نقض الحكم ويقول : إن عدم نقض الحكم بأحد المتساويين هو الذي يقتضيه كلام غير واحد من الفقهاء، وإنه لا يوافق ولا يتقلد رأي من يقول بوجوب نقض الحكم بأحد المتساويين [53] .

هذا رأي الفقهاء المالكية في هذه المسألة، أما رأي الحنفية والشافعية فان ابن عابدين يحكي عنهم فيقول : إن الحنفية يرون اذا لم يمكن الترجيح بل حصل التساوي، فان القاضي يتحرى ويعمل بشهادة قلبه، فاذا عمل بأحد القولين المتساويين ليس له العمل بالآخر إلا بدليل فوق التحري، أما الشافعية فانهم يقولون : يعمل القاضي بأي القولين شاء من غير تحر، ولهذا فان الشافعي صار له في المسألة قولان وأكثر [54] .

ونفضل الرأي الأول الذي يدعو الى التوقف عن القولين المتساويين ويأمر بالتصالح لأنه أحسن مخرج من أن يحتج أحد أطراف الخصومة .

والفقهاء لا يقصدون بالتوقف عن الحكم بأحد المتساويين الامتناع عن الحكم وانكار العدالة حسب ما هو مقرر في القانون الوضعي [55]، بل يحكمون بالتصالح، ولهذا نظائر، من ذلك مسألة الرجوع عن الوصية التي التزم فيها عدم الرجوع ثم وقع الرجوع عنها فانه في المذهب المالكي فيها قولان متساويان أحدهما لا يصح الرجوع، وَالآخر يصح الرجوع فجاء الفقهاء بعد هذا، ولما لم يستطيعوا ترجيح أحد القولين توقفوا عنهما وحكموا بالتصالح. وقد نظم ذلك صاحب العمل الفاسي حيث قال :

والصلح في الوصية التي اُلْتُزِمْ انّه لا رجوع فيها قد حكم

وجاء واضعوا قانون الأحوال الشخصية فرجحوا القول بصحة الرجوع في الوصية ولو التزم عدم الرجوع (الفصل 182) .

لكن مقرر لجنة ذلك القانون الأستاذ علال الفاسي وكذلك الأستاذ جواد الصقلي في تعليق له على قانون الأحوال الشخصية، رَجحا القول بعدم الرجوع اذا التزم عدم الرجوع .

الفرع الرابع :ـ الترجيح بجريان العمل

نذكر بادىء ذي بدء أن القول الذي يجري به العمل إما أن يكون قويا أي راجحا ومشهورا، وإما أن يكون ضعيفا أو شاذا .

فاذا جرى العمل بالقول القوي [56] أي بالراجح أو المشهور فيكون ذلك هو المطلوب. ولكن اذا جرى العمل بالقول الضعيف أو الشاذ هل يكون ذلك مقبولا، وهل يكون جريان العمل موجبا لترجيح الضعيف أو الشاذ على مقابله ؟

نستعرض فيما يلي تحليلا لأقوال الفقهاء في اعتبار جريان العمل موجبا لترجيح الضعيف أو الشاذ على المشهور .

قال الشيخ سيدي عبد الله بن ابراهيم العلوي الشنقيطي في نظمه مراقي السعود :

وقدم الضعيف ان جرى عمل به لأجل سبب قد اتصل

وقال الشيخ سيدي عبد الرحمن الفاسي في نظم عمل فاس والمغرب :

وما به العمل دون المشهور مقدم في الأخذ غير مهجور

قال الشراح : إن القول الشاذ الذي جرى عليه عمل القضاة والمفتيين واستمر حكمهم به مقدم في الأخذ به على القول المشهور، فيجب على القاضي الحكم به، ويمضي حكمه به ولا ينقض وان كان ما جرى به العمل غير مشهور (57) .

ولا تعارض بين ما قرر هنا من تقديم الضعيف والشاذ على ما قرر سابقا من منع الحكم بالضعيف والشاذ، لأن الضعيف والشاذ هنا تقويا بجريان العمل وترجحا به، وأصبح ذلك كاستثناء لتلك القاعدة العامة التي تبقى هي الأصل دائما بحيث لو زال سبب جريان العمل لوجب الرجوع الى ذلك الأصل الذي هو تقديم المشهور على الضعيف والشاذ (58) .

لقد نص كثير من الفقهاء على أن ما جرى به العمل مقدم على المشهور، ففي نوازل الأقضية والشهادات من معيار الونشريسي ما يفيد أن العمل مما يترجح به القول المعمول به، وقد قال الشيخ أبو اسحاق الشاطبي : (الأولى عندي في كل نازلة يكون لعلماء المذهب فيها قولان، فيعمل الناس على موافقة أحدهما وان كان مرجوحا في النظر، أن لا يعرض

لهم وأن يجروا على أنهم قلدوه في الزمان الأول، وجرى به العمل، فانهم ان حملوا على غير ذلك، كان في ذلك تشويش للعامة، وفتح لأبواب الخصام، وربما يخالفني في ذلك غيري، وذلك لا يصدني عن القول به، ولي فيه اسوة) (59) .

وفي نوازل القاضي سيدي عيسى السجستاني : (أن مخالفة ما جرى به العمل لا تجوز) وفي نوازل القاضي المجاصي : (أن خروج القاضي عن عمل بلده ريبة قَادِحَةٌ، لكن يقتصر من العمل على ما ثبت منه ويسلك المشهور فيما سواه) وورد عن سيدي يعيش الشاوي أنه قال : (لا منافاة بين جري العمل وعدم الشهرة، فقد يكون القول غير مشهور ويجري به العمل فيقدم على المشهور). وقال الشيخ مصطفى الرماصي : (كم من شيء جرى به العمل والمشهور خلافه) (60) .

ولما سئل الفقيه أبو محمد عبد الله بن ستاري (61) عما يوجد في كتب المتأخرين والموثقين في المسألة ذات الأقوال، الذي جرى به العمل كذا، والذي جرى به القضاء واستمرت عليه الفتيا كذا .

فهل يكون هذا مرجحا لذلك القول حتى يجوز للقاضي العدول عن المشهور الى هذا القول أم لا ؟

فكان جواب هذا الفقيه : أنه اذا كان مراد السائل بجريان العمل عمل أهل الأندلس أو جهة من الجهات فليس يترجح بهذا، معللا ذلك بأنه اذا لم يعتمد على عمل أهل المدينة مطلقا دون تقييد وتفصيل وهي مستقر الوحي ومنزل الرسالة، فكيف يرجح بعمل أهل قرطبة (62) .

وانتقد السجلماسي في شرح العمل الفاسي هذا الجواب، وكذلك ابن فرحون في التبصرة، وقال ابن فرحون في انتقاده : (كلامه في الجواب عما جرى به العمل غيرُ شاف، وقياسه على عمل أهل المدينة غير مسلم، فان اختلاف العلماء في عمل أهل المدينة انما هو بالنسبة الى الاجماع هل

يكون عملهم اجماعا أو لا ؟ وليس ذلك من هذا الباب الذي نحن فيه) [63]، ونضيف أن المعنى الذي من أجله وقع فيه الاعتماد على العمل هو ما يتضمنه العمل من المصلحة ومن استقرار التصرفات والنفوس عليه، ومؤالفة الناس اياه، وهذا المعنى ملحوظ أيضا في عمل أهل المدينة، ومن أجل ذلك كان الامام مالك يرجح به بعض الأدلة، بل ملحوظ أيضا حتى في الاجماع الذي كثيرا ما يكون مستنده هو قبول الناس ورضاهم وما جرى عليه عرفهم، وما يحققه الحكم المجمع عليه من مصلحة .

ثم ان الفقهاء المتقدمين لما قرروا تشهير قول لاحظوا أن ذلك القول في ذلك الزمن هو الذي كان يحقق مصالح العباد، فلما جاء الفقهاء المتأخرون وجدوا أن ذلك المشهور لم يعد في زمنهم وفي بعض الأمكنة يحقق ذلك الغرض، وهذا موافق للقاعدة الفقهية التي تقول : (إن تغير الأحكام عند تغير الأسباب ليس خروجا عن المشهور بل فيه جري على أصل المذهب في المحافظة على المصالح المعتبرة شرعا) وأمثال هذه الاعتبارات موجودة كثيرا فيما جرى به العمل. وكمثال على هذا : مسألة توجه اليمين في الدعاوي المشهور أنها لا تتوجه إلا بعد ثبوت الخلطة ليلا يتسلط أهل الفجور على إلْجَاءِ أهل المروءة بالدعاوي الباطلة الى الايمان لكي يصالحهم بمال عن اليمين لأنَ كثيرا من الناس يستصعبون اليمين، وان كانوا محقين صونا لأعْرَاضهم، أو غير ذلك من أغراضهم، سوى مسائل قليلة تتوجه فيها اليمين دون ثبوت الخلطة .

ولما كثر في الناس انكار الحقوق وقل فيهم الايمان وعزت المروءة حكم الأندلسيون ومن وافقهم بتوجه اليمين عموما دون الاقتصار على تلك المسائل القليلة، ولو لم تثبت خلطة، لأن فساد أحوال الناس تنزل منزلة ثبوت الخلطة، لكن توسط بعض المحققين فرأوا أنها لا تتوجه بمجرد الدعوى فيما يستبعد كالدعوى على المعروف بالصلاح وعلى المرأة ذات الخدر [64]

إن نصوص الفقهاء المتأخرين من أهل المذهب متواطئة على أن جريان

العمل بقول من أقوال المذهب مما يُرَجَّحُ به، ووجهوا ذلك : بأن تقديم ما جرى به العمل على المشهور مع أن كلا منهما راجح من وجه، إن في الخروج عما جرى به العمل تطرق التهمة الى الحاكم فوجب عليه اتباع العمل سدا للذريعة، إلا أنهم قيدوا ذلك بمعرفة الزمان والمكان لأن أكثر ما جرى به العمل مبني على العادة والعرف، والعادة والعرف يختلف باختلاف الأزمان والبلدان، لذلك قرروا أنه، لو قال عالم : الذي جرى به العمل في هذه المسألة كذا لم يعم ذلك سائر البلدان بل يختص به ذلك الموضع الذي جرى فيه ذلك، ولأجل هذا لا نجدهم يقولون فيه : الذي جرى به العمل واستقرت عليه الأحكام كذا، بل يقولون الذي جرى به العمل في هذه المسألة في بلد كذا، وفي عرفهم كذا وكذا، الى غير ذلك من المسائل التي يذكرون ما جرى به العمل فيها للعرف الذي اقتضته المصلحة في حق العامة. وقال ابن فرحون : ولا ينبغي أن يختلف في هذا ــ أي في الترجيح بجريان العمل ــ وظاهر النصوص تشهد بذلك [65] .

ويوجد مثل هذا في المذهب الشافعي : فقد ذكر أبو عمرو بن الصلاح الشافعي في كتاب أحكام المفتي والمستفتي : أن القول القديم اذا قيل فيه إنه جرى به العمل، فان هذا يدل على أن القول القديم هو المفتى به .

عبد السلام العسري

الهوامش

(1) خليل بن اسحاق : ضياء الدين أبو المودة الجندي، أخذ عن ابن الحاج صاحب المدخل والمنوفي، وعنه بهرام والأقفهسي والبساطي وغيرهم، له شرح على مختصر ابن الحاجب الفرعي، ثم ألف مختصره المعروف، الذي زاد فيه على ما لابن الحاجب من مسائل، وقد أدخل هذا المختصر الى المغرب الشيخ محمد بن الفتوح التلمساني المكناسي، توفي الشيخ خليل سنة 767 هـ ــ شجرة النور الزكية ــ لمخلوف ص 223 .

(2) وقد ضمن تلك الأبيات محمد النابغة الشنقيطي في منظومته التي عقدها لما نثرة الهلالي ص 20 ــ المطبعة المولوية بفاس .

(3) ابن الحاجب هو أبو عمرو جمال الدين عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس المصري ثم الدمشقي ثم الاسكندري كان والده حاجب الأمير عز الدين موسك، وكان كرديا، أخذ عن الابياري، وأخذ عنه الشهاب القرافي وابن المنير والزواوي وهو أول من أدخل مختصر ابن الحاجب الفرعي لبجاية، ومنها أنشر في المغرب، له تصانيف في اللغة والفقه والأصول ــ الدباج المذهب لابن فرحون ص 189 .

(4) منار السالك الى مذهب مالك ص 62 .

(5) شرح منح الجليل على مختصر خليل ج 1ــ ص 11 .

(6) ابن عرفة : هو محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي مولده ووفاته بتونس له كتب في الفقه والتوحيد، وله كتاب الحدود في التعاريف الفقهية توفي سنة 803 هـ ــ الاعلام للزركلي 272/7 .

(7) الونشريسي : هو أبو العباس أحمد بن يحيى بن محمد بن عبد الواحد صاحب كتاب المعيار المشتمل على فتاوي فقهاء المغرب والأندلس وإفريقيا وله مؤلفات أخرى، توفي بفاس سنة 914 هـ ــ الفكر السامي للحجوي 99/4 .

(8) معيار الونشريسي 255/6 و 263 ــ الطبعة الحجرية بفاس .

(9) المرجع لسابق .

(10) المقري : هو محمد بن محمد بن أحمد بن أبي بكر القرشي التلمساني، جاء مع السلطان أبي عنان الى فاس فولي القضاء فيها، توفي سنة 758 هـ ودفن بتلمسان، وهو جد المؤرخ صاحب (نفح الطيب)، له مصنفات منها القواعد ــ الاعلام للزركلي 266/7 .

(11) معيا الونشريسي 264/6 ــ الطبعة الحجرية بفاس .

(12) المنتقى شرح الموطأ للباجي 163/6 .

(13) ابن رشد الجد صاحب كتاب البيان والتحصيل، والمقدمات، وهو أحد الأربعة المعتمد ترجيحهم في مختصر خليل (ت 520 هـ) .

(14) ابن عبد البر : أبو عمر يوسف بن عمر النمري له كتاب التمهيد وغيره (ت 463 هـ) .

(15) الباجي : أبو الوليد سليمان بن خلف له كتاب المنتقى على الموطأ وله كتب أخرى (ت 494 هـ) .

(16) اللخمي : أبو الحسن علي بن محمد له كتاب التبصرة على المدونة، وأشار اليه خليل في مختصره وهناك لخميون آخرون من فقهاء المذهب (ت 478 هـ) .

(17) مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب 40/1 وقواعد المقري ــ قبل باب اليمين نسخة مخطوطة غير مرقمة، توجد بدار الحديث الحسنية رقمها العام 4898.

(17م) مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب 36/1 .

(18) ملزمة 20 ص 4 .

(19) منار السالك الى مذهب الامام مالك ــ أحمد السباعي ص 44 .

(20) شرح خطبة المختصر للهلالي ملزمة 20 ص 4 .

(21) بغية المقاصد وخلاصة المراصد ــ للسنوسي ص 23 ــ والنوازل الكبرى للوزاني 102/9 .

(22) تبصرة ابن فرحون 63/1 وما بعدها .

(23) شرح الزياتي على نظم الذكاة للعربي الفاسي ملزمة 1 ص 8 .

(24) مواهب الجليل شرح مختصر خليل 91/6 .
(25) رفع العتاب والملام عمن قال العمل بالضعيف اختيارا حرام ــ للقادري ص 6 .
(26) أصول الحديث ــ محمد عجاج الخطيب ص 347 .
(27) رفع العتاب والملام عمن قال العمل بالضعيف اختيارا حرام ــ للقادري ص 6 .
(28) هذه الطرق يعمل بها اذا لم يمكن الجمع بين المتعارضين، ولم يعرف المتقدم من المتأخر بالنسبة للأقوال المنقولة، إذ المتأخر هو المعمول به لأن المتقدم يعتبر مرجوعا عنه .
(29) المازري : هو أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي، أصله من مازر مدينة بصقلية وهو أحد الأربعة الذين اعتمد الشيخ خليل ترجيحهم توفي سنة 536 هـ ــ تاريخ التشريع الاسلامي لأستاذنا حماد العراقي ص 115 .
(30) الموافقات 146/4 وما بعدها .
(31) وهذه المسألة : هي أن شخصا يغتصب الأرض من مالكها أو حائزها، ويزرعها ولم تقع فيها مفاصلة حتى فات الابان، المشهور أن الزرع لزارعه وعليه كراء المثل للأرض، والشاذ أن الزرع لصاحب الأرض، وأفتى به المازري، وقد تبع المازري في ذلك مجموعة من الفقهاء لما رأوا كثرة التعدي والغصب، فيتوصل المتعدي الى مراده اذا لم يرد رب الأرض أن يكريها له، فيحرثها بلا اذن ثم يماطل بالمفاصلة حتى يخرج الابان فيحاكمه فيها بالمشهور، فيتوصل الى غرضه من حرثها بالكراء، فيصبح المالك مجبورا على قبول الكراء، فاذا كثر هذا التعدي في ناحية من البلاد ترجح الشاذ على المشهور، ولو أدرك الامام مالك كثرة التعدي على الأرض والتحيل على كرائها بلا رضى ربها لرجع عن المشهور الى الشاذ، وهذا السبب يوضح لنا الأشكال الوارد عن المازري بفتواه بالشاذ مع ما روى عنه من أنه عاش ثلاثا وثمانين سنة وبلغ رتبة الاجتهاد المذهبي ولم يفت بغير المشهور، مع قوله نفسه : لست ممن يحمل الناس على غير المشهور. وتجدر الاشارة أن القانون العقاري المغربي أخذ بالقول المشهور في المذهب المالكي، فقد ورد في الفصل 13 من التشريع المطبق على العقارات المحفظة أنه : (اذا حرث شخص حقلا، لا يملكه وجب تمييز الحالات التالية : إن حرث عن سوء نية ــ أي بغصب ــ فلرب المالك الحق في أخذ المحصولات بدون أداء صائر ما دام وقت البدور لم يفت بعد، فان فات وقت البدور لم يكن للمالك إلا الحق في الكراء...) .
(32) شرح المحلى على جمع الجوامع 361/2 .
(33) مجموعة رسائل ابن عابدين 48/1 .
(34) شرح العمل الفاسي للسجلماسي 123/2 .
(35) حاشية بناني على الزرقاني 127/7 .
(36) حاشية بناني على الزرقاني 124/7 ــ وبلغة السالك وحاشية الصاوي عليه 331/2 .
(37) مجموعة رسائل ابن عابدين 48/1 .
(38) منح الجليل على مختصر خليل لعليش 9/1 وحاشية العدوي على شرح الخرشي للمختصر 140/5 .
(39) ج 4/ص 135 وما بعدها .
(40) نقل القصة الشاطبي في الموافقات 139/4 .
(41) المرجع السابق 140/4 .
(42) شرح الزرقاني على المختصر 101/1 ــ 102 .
(43) شرح العمل الفاسي للمهدي الوزاني 7/1 .
(44) الزرقاني : هو عبد الباقي بن يوسف، له تآليف منها شرحه على مختصر خليل الذي نسخ به ما قبله من الشروح ولخصها وبالغ في الاختصار وجمع الفروع ولم ينقحه من الأغلاط، لذلك اعتنى به المغاربة وتتبعوه، توفي سنة 1099 هـ .
(45) آية 111 ــ سورة البقرة .
(46) عبد الحي بن الصديق : تبيين المدارك لرجحان سنية تحية المسجد وقت الخطبة في مذهب مالك ص 27 .

(47) عبد الحي بن الصديق : بذل الماعون في مسألة أماوون ص 30 .
(48) النوازل الكبرى للمهدي الوزاني 101/9 .
(49) المرجع السابق 101/9 .
(50) البهجة شرح التحفة 35/1 .
(51) الأحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام وتصرفات القاضي والامام ص 20 ــ مطبعة الأنوار .
(52) النوازل الكبرى للمهدي الوزاني 101/9 .
(53) المرجع السابق 102/9 .
(54) شرح رسالة عقود رسم المفتي ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين 23/1 .
(55) الامتناع عن الحكم أو انكار العدالة، يعتبر في القانون الجنائي المغربي جريمة عاقب عليها الفصل 240 منه، وقد نظم قانون المسطرة المدنية كيفية اثبات انكار العدالة الفصل 393 .
(56) هذا النوع من القول القوي مما يجري به العمل ليس هو المقصود بما جرى به العمل عند فقهاء المغرب المتأخرين، انما مقصودهم بما جرى به العمل، ما كان مختلفا فيه من الأحكام، فيجري العمل بالشاذ أو بالضعيف أو بأحد القولين المتساويين، فينبه على العمل ليترجح به القول المعمول به على غيره، ولهذا نجد اصطلاح صاحب العمل الفاسي، انه لا يورد في كتابه إلا ما جرى به العمل من الأقوال الضعيفة أو الشاذة، أما ما كان متفقا عليه أو مختلفا فيه وعمل بالمشهور فانه لم يذكره في كتابه. (انظر حاشية الوزاني على شرح لامية الزقاق ص 387 ــ والنوازل الكبرى له 117/9 .
(57) شرح العمل الفاسي للسجلماسي 128/2 .
(58) إن الضعيف والشاذ اذا ارتبط بأحدهما سبب جريان العمل أصبح من أفراد الراجح على رأي الهلالي في شرح خطبة المختصر. بينما يرى محمد بن عبد القادر الفاسي ومحمد الحجوي : أن جريان العمل ليس مرجحا للضعيف أو الشاذ على المشهور، وانما يعتبر ذلك كتقييد أو تخصيص للمشهور، لا معارض له، بدليل أنه لو زال سبب جريان العمل لعاد الحكم الى المشهور. ــ انظر النوازل الكبرى للشيخ المهدي الوزاني 117/9 ــ والفكر السامي للشيخ الحجوي 230/4 .
(59) عن شرح العمل الفاسي للوزاني 23/2 .
(60) عن شرح العمل الفاسي للسجلماسي 129/2 .
(61) ابن ستاري هكذا بالتاء ورد في نيل الابتهاج بتطريز الديباج ص 138، وكذا في معيار الونشريسي 32/10 . أما في تبصرة ابن فرحون فجاء ابن سماري بالميم 58/1 وفي شرح العمل الفاسي للسجلماسي ورد ابن ساري بدون تاء ولا ميم، ويبدو أن الصحيح هو ما جاء في نيل الابتهاج والمعيار لأن نيل الابتهاج مخصص للتعريف باعلام المذهب المالكي وجاء فيه مكررا بتلك الصيغة ومؤيدا بالمعيار، ولعل ما في التبصرة وشرح العمل الفاسي للسجلماسي انما هو تحريف. وهذا الفقيه أندلسي من أهل استجة سكن اشبيلية وانتقل الى سبتة مع من هاجر اليها من أهل بلده وبها توفي سنة 647 هـ .
(62) تبصرة ابن فرحون 58/1 ــ ومعيار الونشريسي 32/10 .
(63) شرح السجلماسي على العمل الفاسي 131/2 ــ وتبصرة ابن فرحون 50/1 .
(64) شرح خطبة المختصر للشيخ أحمد الهلالي : ملزمة 22 ص 1 .
(65) التبصرة 61/1 ــ معيار الونشريسي 35/10 .

* * *